



UOHSX00974BN

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R41/2013/VZ-19364/2017/323/PMo/RBu

Brno 30. června 2017

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 11. 2. 2013, doručeném Úřadu dne 12. 2. 2013 zadavatelem –

- **Fyzikálním ústavem Akademie věd ČR, v.v.i.**, IČO 68378271, se sídlem Na Slovance 1999/2, 182 21 Praha 8,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 1. 2013, č. j. ÚOHS-S567/2012/VZ-1850/2013/511/MFI, vydanému ve věci možného spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, výše uvedeným zadavatelem při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Poradce pro získání dotace z OP Výzkum a vývoj pro inovace na projekt ELI**“, zadávané podle § 27 tohoto zákona, formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 30. 6. 2009 pod ev. č. 60033199 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 1. 7. 2009 pod ev. č. 2009/S 123–179688, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při stanovení požadavků na prokázání kvalifikačních předpokladů v zadávacích podmínkách veřejné zakázky,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S567/2012/VZ-1850/2013/511/MFI ze dne 29. 1. 2013

**r u š í m**

a věc

**v r a c í m**

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Fyzikální ústav Akademie věd ČR, v.v.i., IČO 68378271, se sídlem Na Slovance 1999/2, 182 21 Praha 8 (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup>, v informačním systému o veřejných zakázkách dne 30. 6. 2009 pod ev. č. 60033199 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 1. 7. 2009 pod ev. č. 2009/S 123–179688, oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky na služby „Poradce pro získání dotace z OP Výzkum a vývoj pro inovace na projekt ELI“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dle oznámení o zakázce bylo předmětem veřejné zakázky projektové řízení související se zpracováním a projednáním žádosti o dotaci z operačního programu Výzkum a vývoj pro inovace (dále jen „**OPVVI**“), zpracování žádosti o dotaci včetně souvisejících příloh a zajištění projednání této žádosti na národní i evropské úrovni. V části 7.1.1 zadávací dokumentace („Seznam významných služeb“), na kterou odkazuje část III.2.3 oznámení o zakázce, vymezil zadavatel své požadavky na splnění technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona. Tento kvalifikační předpoklad dodavatel splní, pokud předloží seznam významných služeb, které poskytl v posledních třech letech, s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí, přičemž přílohou takového seznamu musí být osvědčení nebo čestné prohlášení dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona. Za významné pro účely splnění kvalifikačního předpokladu zadavatel stanovil tyto poradenské služby: A) kompletní zpracování žádosti o dotaci projektu ze strukturálních fondů EU, kterou uchazeč zpracovával pro subjekty z veřejné sféry, B) kompletní zpracování žádosti o dotaci z OPVVI, C) vykonávání monitorovací činnosti u schválené žádosti o dotaci ze strukturálních fondů EU. V části 9.2.1 zadávací dokumentace („Subdodavatelé prokazující část kvalifikace“) zadavatel formuloval podmínky (které označuje za obchodní), které musel splnit dodavatel, který by splnění určité

---

<sup>1</sup> Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

části kvalifikace prokazoval prostřednictvím subdodavatele (viz bod 5. odůvodnění napadeného rozhodnutí).

3. O zpřístupnění zadávací dokumentace požádalo 9 dodavatelů (GRANTIKA České spořitelny, a.s., Deloitte Advisory s.r.o., Euro Managers, s.r.o., NeXA, s.r.o., Československá obchodní banka, a.s., Optimus Consult & Invest a.s., PricewaterhouseCoopers Česká republika, s.r.o., RENARDS protender, s.r.o. a ENVIROS, s.r.o.). Z protokolu o otevírání obálek, které se konalo dne 13. 8. 2009, vyplývá, že ve lhůtě pro podání nabídek byla zadavateli doručena pouze jediná nabídka, a to od spol. Euro Managers, s.r.o., IČO 26514958, se sídlem S.K. Neumanna 2011/7, 180 00 Praha 8 (dále jen „**vybraný uchazeč**“), která vyhověla kontrole úplnosti. Hodnotící komise neshledala důvody ani k vyřazení nabídky z důvodů dle § 76 odst. 1 zákona (nesplnění zákonných požadavků nebo požadavků uvedených v zadávacích podmínkách, nepřijatelná nabídka), ani k tomu, aby dodavatele požádala o písemné vysvětlení nabídky, a dospěla k závěru, že nabídka neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Od samotného hodnocení nabídky pak ve smyslu § 79 odst. 6 zákona upustila. V souladu se závěry hodnotící komise rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky tak, že za nejvhodnější nabídku označil nabídku vybraného uchazeče, se kterým byla dne 22. 8. 2009 i uzavřena smlouva o dílo (dále jen „**smlouva**“).
4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) získal z předložených materiálů pochybnosti o tom, zda zadavatel při formulaci zadávacích podmínek veřejné zakázky dodržel závazný postup stanovený zákonem. Dopisem č. j. ÚOHS-S567/2012/VZ-18627/2012/511/MFI ze dne 3. 10. 2012 Úřad oznámil zadavateli zahájení správního řízení z moci úřední. Tento dopis byl zadavateli doručen dne 4. 10. 2012, a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

## II. **Napadené rozhodnutí**

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 29. 1. 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S567/2012/VZ-1850/2013/511/MFI (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při stanovení požadavků na prokázání kvalifikačních předpokladů v zadávacích podmínkách veřejné zakázky nedodržel postup dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s § 56 odst. 7 písm. c) a § 6 zákona tím, že úroveň technických kvalifikačních předpokladů nestanovil odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, když požadoval prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona pouze ve vztahu k subjektům z veřejné sféry a pouze ve vztahu k strukturálním fondům EU; a když v rozporu s § 51 odst. 4 zákona ve spojení s § 6 zákona požadoval po uchazečích, kteří by prokazovali splnění byť i jen části technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele, předložení dalších dokumentů nad rámec zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dne 22. 8. 2009 byla uzavřena smlouva. Ve výroku II. Úřad uložil zadavateli za spáchání tohoto správního deliktu podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 70 000 Kč.
6. V rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl ve vztahu k problematice stanovení technických kvalifikačních předpokladů následující. Požadavek zadavatele na prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona předložením seznamu významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech spočívajících

v kompletním zpracování žádosti o dotaci projektu pouze ve vztahu k strukturálním fondům a pouze ve vztahu k subjektům z veřejné sféry Úřad označil za neodpovídající druh, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Z praktického hlediska se vypracování žádosti o dotaci projektu ze strukturálních fondů neliší od vypracování žádosti o dotaci projektu z Fondu soudržnosti (dále jen „FS“). Rozdělení projektů na ty, které budou financovány z Evropského fondu pro regionální rozvoj (dále jen „EFRR“), a na ty, které budou financovány z FS, je otázkou konkrétní oblasti priorit, na kterou daný projekt míří. Z hlediska techniky zpracování žádosti o dotaci však není pro žadatele patrný žádný rozdíl (např. velké investiční projekty v oblasti dopravy byly z FS financovány i v předcházejícím programovacím období 2004-2006). Dle Úřadu nebyl dán věcný důvod pro to, aby zadavatel některé žádosti zpracováváné v rámci jednoho operačního programu pokládal za způsobilé k prokázání kvalifikace, zatímco jiné za nezpůsobilé. A to jen na základě toho, z jakého nadnárodního zdroje je nakonec projekt podpořen, za situace, kdy z hlediska techniky zpracování žádosti není z pohledu žadatele patrný žádný rozdíl.

7. Úřad ve vztahu k požadavku na dokládání dalších dokumentů v případě uchazečů, kteří by prokazovali splnění byť i jen části technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele, poukázal na část 9.2.1 zadávací dokumentace, kde zadavatel vymezil podmínky (které označil jako obchodní) a které musel splnit dodavatel, který by splnění určité části kvalifikace prokazoval prostřednictvím subdodavatele, přičemž některé parametry, které chtěl zkoumat u subdodavatelů, nezkoumal ani u samotných dodavatelů. Zadavatel takto stanovenými podmínkami nedodržel zásadu zákazu diskriminace, když po dodavatelích, kteří využili svého práva prokázat splnění byť i jen části technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele, požadoval předložení dokumentů nad rámec zákona, čímž je neodůvodněně znevýhodnil proti dodavatelům, kteří byli schopni celou kvalifikaci prokázat samostatně.
8. Úřad dále mimo jiné konstatoval, že požadavek na existenci „záruky“ ze strany subdodavatele je možno chápat za situace, kdy uchazeč prokazuje prostřednictvím subdodavatele kvalifikaci v její ekonomické a finanční části. Prvostupňový orgán v tomto kontextu vyšel z úvahy o smyslu ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Podle něj je tedy vhodné, aby obsahem smlouvy, kterou má uchazeč zadavateli předložit dle § 51 odst. 4 zákona, bylo právě takové zajištění případných závazků dodavatele vůči zadavateli. Existence takového zajištění pak musí být zkoumána v rámci posuzování kvalifikace, nikoliv v rámci splnění obchodních podmínek. Nepřiměřeným je požadavek na ručitelské prohlášení v případě, že je prostřednictvím subdodavatele prokazována technická část kvalifikace. Úřad doplnil, že smyslem prokazování technické části kvalifikace je zajistit, aby se o přidělení veřejné zakázky ucházeli pouze dodavatelé, kteří jsou schopni veřejnou zakázku řádně plnit po stránce technické a materiální.
9. V souvislosti s otázkou uložení pokuty vzal Úřad při posouzení závažnosti správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v úvahu to, že v důsledku předmětného postupu zadavatele došlo k omezení soutěže o veřejnou zakázku, přičemž s ohledem na předmět veřejné zakázky a rovněž na množství dodavatelů, kteří požádali o zpřístupnění zadávací dokumentace, lze předpokládat, že při absenci excesivních požadavků na kvalifikaci by zadavatel obdržel více nabídek, a nelze vyloučit, že v případných dalších nabídkách mohly být obsaženy výhodnější podmínky plnění, než obsahovala nabídka vybraného uchazeče. Takto k soutěži

o ekonomickou výhodnost nabídky nedošlo. Otevřená, nediskriminační soutěž o veřejnou zakázku, do které se může přihlásit jakýkoliv dodavatel objektivně schopný ji řádně plnit, je základním principem zadávání veřejných zakázek. Úřad dále přihlédl ke skutečnosti, že jednáním zadavatele nebyla soutěž o veřejnou zakázku zcela vyloučena, ale toliko omezena. Přitěžující okolnost pro zadavatele Úřad shledal v tom, že stanovení přinejmenším jednoho ze sporných kvalifikačních předpokladů nebylo od počátku vedeno racionální úvahou ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, o čemž svědčí rozdílná vyjádření zadavatele ze dne 12. 6. 2012, resp. ze dne 17. 10. 2012.

### III. Námitky rozkladu

10. Dne 12. 2. 2013 obdržel Úřad rozklad zadavatele proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 29. 1. 2013. Rozklad tedy byl podán v zákonné lhůtě.
11. Zadavatel svou argumentaci obsaženou v rozkladu rozčleňuje do čtyř následujících částí. V první řadě poukazuje na to, že požadavek na prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona (reference) pouze ve vztahu ke strukturálním fondům EU není v rozporu se zákonem. Uvádí, že se nezabýval shodností či rozdílností způsobu zpracování žádostí o dotaci u strukturálních fondů EU na straně jedné a u FS na straně druhé. Vycházel z toho, že jeho cílem je vybrat zkušeného odborníka, který by mu poskytoval poradenství v oblasti OPVVI financovaného ze strukturálních fondů, a proto se při formulaci kvalifikačních předpokladů soustředil na tento program a na strukturální fondy, ze kterých je financován. Předmětný kvalifikační předpoklad je tak legitimně vztažen k plnění, které je předmětem veřejné zakázky. Názor Úřadu, že měly být připuštěny i reference ohledně FS, je dle něj nepřiměřeně přísný a formalistický. Požadavek, aby zadavatel zkoumal specifikum žádostí o dotace pro operační programy financované z FS, je dle zadavatele také přehnaný. Tím, že FS není z pohledu aktivit zadavatele relevantní, také zadavatel zdůvodňuje skutečnost, že ve svém vyjádření ze dne 12. 6. 2012 tento fond „ne zcela přesně kategorizoval“ v tom smyslu, že ho zahrnul mezi strukturální fondy. Dle zadavatele není pravdou, že by stanovení předmětného kvalifikačního předpokladu nebylo vedeno žádnou racionální úvahou. Požadoval referenci na plnění, které odpovídá zcela přesně předmětu plnění veřejné zakázky, a při formulaci kvalifikačních předpokladů nebyl veden snahou kohokoli diskriminovat. Zadavatel zdůrazňuje, že s výjimkou jediného dopisu (který byl doručen až po lhůtě pro podání nabídek) nebyl ze strany potenciálních uchazečů vznesen ohledně přípustnosti referencí týkajících se FS ani jeden dotaz. Úroveň stanovených kvalifikačních předpokladů nebyla v dikci Úřadem citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008 (dále jen „rozsudek“) „zcela nepřiměřená“. Zde odkazuje na část rozsudku, v kterém NSS dle navrhovatele vyjádřil princip restriktivního výkladu pojmu „zjevná nepřiměřenost“. Nadto zadavatel uvádí, že trvá na specifičnosti postupu při získávání dotací z FS oproti strukturálním fondům. Pokud Úřad v napadeném rozhodnutí argumentuje stejnou technikou zpracování žádosti o dotaci, považuje navrhovatel v tomto rozsahu rozhodnutí za nepřezkoumatelné, protože z něj nevyplývá, na základě jakého právního předpisu tento závěr Úřad činí.
12. V další části rozkladu zadavatel namítá, že požadavek na prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona (reference) pouze ve vztahu

k subjektům z veřejné sféry není v rozporu se zákonem. Uvádí, že ani tento požadavek není „zjevně nepřiměřený“. Nezkoumal, zda jsou požadavky na zpracování žádosti pro subjekty soukromého a veřejného sektoru totožné, a tak pokládal za legitimní požadovat zkušenosti týkající se spolupráce s veřejnými zadavateli. Má za to, že z rozhodovací praxe Úřadu lze dovodit, že požadavek na referenční zakázku realizovanou pro veřejného zadavatele není a priori vyloučen, a takový požadavek lze považovat za logický a opodstatněný tam, kde realizace veřejné zakázky pro subjekty ze soukromého sektoru vykazuje podstatné odlišnosti od obdobných plnění realizovaných pro veřejné zadavatele či subjekty z veřejné sféry (což a contrario dovozuje z rozhodnutí Úřadu vedených pod sp. zn. ÚOHS-S011,015,029/09 a ÚOHS-R048/09). O takový případ se dle zadavatele jedná v tomto případě.

13. Následně zadavatel poukazuje na to, že porušením zákona není ani jeho požadavek na doložení dalších dokumentů (ručitelské prohlášení, účetní závěrka) v případě uchazečů, kteří by prokazovali splnění byť i jen části technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele. Vyjadřuje nesouhlas s tím, že by nepřipustně rozšířil okruh dokladů předkládaných k prokazování kvalifikace s tím, že požadované doklady jsou přípustné i pro případ, že by subdodavatel prokazoval technický (nikoliv finanční a ekonomický) kvalifikační předpoklad. Úřad se nevypořádal s jeho argumentací odůvodňující povahu požadovaných dokumentů jako obchodních podmínek a napadené rozhodnutí tak trpí nedostatkem důvodů. Smysl požadavků stanovených v obchodních podmínkách spatřuje v zajištění případných závazků dodavatele, které by mohly vzniknout v důsledku vadného plnění smlouvy (především potenciální povinnosti náhrady škody). Zadavatel má za to, že jeho právo na dostatečné zajištění řádného plnění závazků je legitimní. Pokud by mu bylo odpíráno, jedná se o nucení k postupu v rozporu s principem péče řádného hospodáře. Vychází z toho, že využije-li uchazeč možnosti prokázat část kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, uzavírá zadavatel smlouvu de facto se subjektem, který potřebnou kvalifikaci (její část) sám postrádá. Takto vzniklý právní vztah v sobě obsahuje zvýšené riziko (oproti situaci, kdy předmětnou kvalifikaci disponuje vybraný uchazeč sám), které se zadavatel snaží danou obchodní podmínkou eliminovat. Předmětná obchodní podmínka není z pohledu subdodavatele nijak neproporcionální (za škodu způsobenou vadným plněním z jeho strany by tak jako tak odpovídal, byť bez ručitelského prohlášení pouze vybranému uchazeči) a je navíc odůvodněná v případě dané veřejné zakázky, kde je uplatnění modelu, kdy by vybraný uchazeč splnil část technických kvalifikačních předpokladů pomocí subdodavatele, slovy zadavatele „podivné“. Situace, kdy by vybraný uchazeč prokázal část technických kvalifikačních předpokladů pomocí subdodavatele, vede k takovému uspořádání dodavatelsko-odběratelských vztahů, které není pro zadavatele komfortní a může s sebou nést nezanedbatelná rizika (a je oprávněn se proti těmto rizikům zajistit). Pokud se jedná o zkoumání ekonomické stability subdodavatele, je logické, že jako adresát ručitelského prohlášení zkoumal, nakolik je jeho vystavitel ekonomicky a finančně stabilní, s tím, že bez tohoto zkoumání by zajištění postrádalo smysl. V této souvislosti zpochybňuje závěr Úřadu o neaplikovatelnosti závěrů učiněných v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S220/2009-16376/2009/530/RKr ze dne 10. 3. 2010 (dále jen „**citované rozhodnutí Úřadu**“), přičemž opět zdůrazňuje rozdíl mezi požadavkem na prokázání kvalifikace a obchodní podmínkou.

14. V závěrečné části rozkladu pak zadavatel poukazuje na to, že Úřad nedostál své povinnosti přezkoumatelným způsobem odůvodnit výši uložené pokuty, když neuvedl srozumitelným způsobem žádné ze zákonných hledisek závažnosti správního deliktu. Pokud Úřad jako okolnost spáchání správního deliktu uvádí, že zadavatel omezil soutěž o veřejnou zakázku, zadavatel konstatuje, že omezení soutěže (jako postup, který podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky) je znakem samotné skutkové podstaty správního deliktu. Není přípustné, aby okolnost, která je jedním ze znaků skutkové podstaty deliktu, byla zároveň okolností rozhodnou pro závěr o vyšší závažnosti porušení povinnosti (tedy aby byla jedna okolnost zadavateli přičítána k tíži dvakrát). Pokud Úřad uvádí, že stanovení přinejmenším jednoho ze sporných kvalifikačních předpokladů nebylo od počátku vedeno nějakou racionální úvahou ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, zadavatel konstatuje, že s tímto odůvodněním nesouhlasí, a to s ohledem na argumentaci uvedenou v první části rozkladu. Nadto je závažnost správního deliktu třeba posuzovat na základě skutečností či okolností, které existovaly v okamžiku údajného spáchání správního deliktu a nikoli na základě událostí, k nimž došlo až tři roky poté. Dle zadavatele v napadeném rozhodnutí nejsou uvedeny jednotlivé logické kroky, které Úřad vedly ke stanovení konkrétní výše pokuty.

#### **Závěr rozkladu**

15. Na základě shora uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

#### **Původní rozhodnutí o rozkladu a soudní přezkum**

16. Předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R41/2013/VZ-24782/2013/310/PMo ze dne 18. 12. 2013 (dále jen „**původní rozhodnutí o rozkladu**“) napadené rozhodnutí Úřadu potvrdil a podaný rozklad zamítl. Proti původnímu rozhodnutí o rozkladu podal zadavatel žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“), jenž původní rozhodnutí o rozkladu rozsudkem č. j. 31 Af 14/2014-48 ze dne 27. 1. 2016 zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.
17. Krajský soud shledal žalobu důvodnou, a to z důvodu nedostatečně zjištěného skutkového stavu, jelikož skutková zjištění Úřadu ve vztahu k naplnění podmínek skryté diskriminace neměla (žádnou) oporu ve správním spise. Podle krajského soudu není zřejmé, jak Úřad dospěl ke svým zjištěním ohledně srovnání žádostí o dotace ze strukturálních fondů a z FS. Podle krajského soudu rovněž není zřejmé, jak Úřad dospěl k závěrům týkajícím se Operačního programu Doprava, včetně např. závěru o seznamu povinných příloh, příp. způsobilosti výdajů. Ve správním spise se nenacházejí žádné podklady, na jejichž základě by Úřad mohl k těmto závěrům dospět, a s ohledem na charakter Operačního programu Doprava krajský soud zpochybnil i to, že by Úřad dospěl ke svým zjištěním na základě vlastní zkušenosti. Úřad tedy dle krajského soudu učinil předmětné skutkové závěry o podobnosti postupů podle uvedených fondů na základě dokazování, které nemá oporu ve správním spise.
18. Podle krajského soudu existuje legitimní úvaha žalobce, který jako specifická instituce požadující dotační poradenství pro zcela specifický projekt hledá poradce se zkušenostmi s obdobnými projekty obdobného typu, tedy v rámci subjektů poskytujících dotační

poradenství v obdobných operačních programech. Nelze očekávat, že takové specifické pracoviště jakým je zadavatel, bude zkoumat Operační program Doprava a dovozovat obdobnost podávaných žádostí v případě, že těžištěm jeho zájmu je jeden specifický operační program financovaný ze strukturálních fondů EU. Podle krajského soudu zadavatel nemusel zkoumat široký rozsah fungování financování z různých fondů. Úvaha zadavatele, která sama o sobě nevyloučila soutěž a která odpovídala požadavkům zadavatele, dle krajského soudu nemůže být sama o sobě projevem diskriminace. Požadavek Úřadu, aby zadavatel zkoumal všechny hypotetické možnosti dotačního financování a vyhodnocoval, které jsou si natolik podobné, aby na některý nezapomněl, krajský soud označil za formalistický.

19. Následně krajský soud vyjádřil pochybnost o procesním postupu Úřadu, v rámci něhož žalobci vyčetl nekonzistentnost jeho vyjádření týkajících se omezení referencí na strukturální fondy EU, a o použitelnosti vyjádření žalobce ze dne 12. 6. 2012 v rámci správního řízení o správním deliktu spáchaném zadavatelem.
20. Dále krajský soud poukázal na to, že se Úřad v napadeném rozhodnutí nevypořádal s problematikou týkající se hodnocení požadavků na reference ve vztahu k subjektům z veřejné sféry. Právě požadavek na reference od zadavatelů z veřejné sféry byl jedním ze znaků deliktního jednání. Zadavatel již ve vyjádření v rámci správního řízení konstatoval, že realizace předmětné zakázky pro veřejné zadavatele, resp. subjekty z veřejné sféry vykazuje podstatné odlišnosti od zakázek realizovaných pro soukromé subjekty, což je důvod, který jej legitimuje k požadavku na zkušenosti týkající se spolupráce s veřejnými zadavateli.
21. V závěrečné části odůvodnění napadeného rozsudku krajský soud poukázal na to, že část napadeného rozhodnutí týkající se uložení pokuty neobstojí jednak pro absenci sankcionovaného deliktního jednání, a jednak pro její nedostatečnou odůvodněnost. Krajský soud zdůraznil, že stěžejní části odůvodnění výše pokuty jsou vystavěny na spáchání dvou správních deliktů, jimiž došlo k omezení soutěže. Dle krajského soudu nemůže rozhodnutí o pokutě věcně obstát, neboť jím byl zadavatel sankcionován za deliktní jednání, které krajský soud shledal jako neprokázané. Za situace, kdy Úřad vzal v úvahu skutečnost, že nezákonným postupem zadavatele mohlo dojít k bezdůvodnému omezení možnosti některých dodavatelů podat nabídky s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele, vzal v úvahu něco, na čem založil svůj závěr o spáchání správního deliktu. Úřad se tak v napadeném rozhodnutí dopustil dvojího přičítání k tíži zadavatele, které je v případě správního trestání nezákonné.
22. Naproti tomu i podle krajského soudu Úřad zcela správně vyhodnotil otázku, zda byla soutěž o veřejnou zakázku zcela vyloučena nebo došlo k jejímu omezení. Krajský soud dále připustil, že Úřad při hodnocení likvidačního charakteru pokuty rovněž postupoval správně, když vycházel z hospodářských výsledků zadavatele.
23. Proti rozsudku krajského soudu, kterým bylo zrušeno původní rozhodnutí o rozkladu, a věc byla vrácena Úřadu k dalšímu řízení, podal Úřad kasační stížnost. NSS rozsudkem č. j. 3 As 50/2016-35 ze dne 28. 12. 2016 kasační stížnost Úřadu jako nedůvodnou zamítl.



#### **IV. Pokračování v řízení o rozkladu**

24. Po vrácení správního spisu NSS pokračuje předseda Úřadu v řízení o rozkladu proti napadenému rozhodnutí. Předseda Úřadu je v dalším řízení zavázán právním názorem vysloveným v rozsudku krajského soudu a zároveň právním názorem vysloveným v rozsudku NSS.

##### **Stanovisko předsedy Úřadu**

25. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a vázán právním názorem, uvedeným v rozsudku krajského soudu č. j. 31 Af 14/2014-48 ze dne 27. 1. 2016 (dále jen „**rozsudek**“), potvrzeného rozsudkem NSS č. j. 3 As 50/2016-35 ze dne 28. 12. 2016, jsem dospěl k následujícímu závěru.
26. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výrocích I. a II., nerozhodl správně a v souladu se zákonem.

#### **V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu**

##### *Obecná východiska*

27. Podle § 89 odst. 2 správního řádu odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem. K vadám řízení, o nichž nelze mít důvodně za to, že mohly mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě na jeho správnost, se nepřihlíží.
28. Podle § 152 odst. 4 správního řádu platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání, nevylučuje-li to povaha věci.
29. Dle § 68 odst. 3 správního řádu se v odůvodnění uvedou důvody výroku nebo výroků rozhodnutí, podklady pro jeho vydání, úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení a při výkladu právních předpisů, a informace o tom, jak se správní orgán vypořádal s návrhy a námitkami účastníků a s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí.
30. K přezkoumatelnosti se vyjádřil i NSS v rozsudku č. j. 6 As 136/2014-41 ze dne 7. 4. 2015, ve kterém uvádí následující: „*Například v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2003, čj. 2 Ads 58/2003- 75, č. 134/2004 Sb. NSS se uvádí: ‚Nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů je založena na nedostatku důvodů skutkových, nikoliv na dílčích nedostatecích odůvodnění soudního rozhodnutí. Musí se přitom jednat o vady skutkových zjištění, o něž soud opírá své rozhodovací důvody. Za takové vady lze považovat případy, kdy soud opřel rozhodovací důvody o skutečnosti v řízení nezjišťované, případně zjištěné v rozporu se zákonem, anebo případy, kdy není zřejmé, zda vůbec nějaké důkazy byly v řízení provedeny.‘ Z judikatury Nejvyššího správního soudu rovněž vyplývá, že výše uvedené principy přezkoumatelnosti zdůrazněné ve vztahu k rozhodnutím správních soudů je třeba vztáhnout i na případy, kdy jsou přezkoumávána správní rozhodnutí. Jen řádně a srozumitelně vysloveným právním závěrům správních orgánů lze totiž vytýkat jejich nesprávnost, resp. nezákonnost, a na základě takovýchto výtek je podrobit soudnímu přezkumu. Pokud pak*

*správní rozhodnutí nedostojí vytčeným principům, například proto, že z něj nevyplývá, jaký skutkový základ (skutková zjištění) vzal rozhodující správní orgán za prokazaný a jak jej následně právně hodnotil (jaké konkrétní právní normy na něj aplikoval), je třeba na takové rozhodnutí správního orgánu pohlížet jako na nepřezkoumatelné (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 4. 2014, čj. 7 Afs 14/2014-80).“*

*Reference ve vztahu ke strukturálním fondům EU*

31. Úřad dospěl v napadeném rozhodnutí k závěru, podle něhož není z hlediska techniky zpracování žádosti o dotaci (včetně např. seznamu povinných příloh) pro žadatele patrný žádný rozdíl. Základ teze o použitelnosti referencí ve vztahu k FS vychází z názoru Úřadu, že z praktického hlediska se vypracování žádosti o dotaci projektu ze strukturálních fondů neliší od vypracování žádosti o dotaci projektu z FS, což Úřad demonstroval na Operačním programu Doprava, který je financován jak ze strukturálních fondů, tak i z FS.
32. Co se týká odůvodnění výše uvedeného závěru, uvádím, že z odůvodnění napadeného rozhodnutí (konkrétně z bodů 27. až 38.) vyplývá, že Úřad vycházel zejména z následujících podkladů: zadávací dokumentace k veřejné zakázce, vyjádření zadavatele ze dne 17. 10. 2012, vyjádření zadavatele ze dne 12. 6. 2012, příručka žadatele OP VaVpl, vyjádření Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy ze dne 19. 8. 2012, dotaz u řídicího orgánu předmětného operačního programu a dokumentace o veřejné zakázce. Z obsahu správního spisu je patrné, že ve správním spisu jsou obsaženy tyto podklady: zadávací dokumentace veřejné zakázky, vyjádření zadavatele k podnětu ze dne 12. 6. 2012, vyjádření zadavatele ze dne 17. 10. 2012, sdělení Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy ze dne 19. 8. 2012 a dokumentace o veřejné zakázce.
33. K tomu krajský soud v rozsudku uvedl, že: *„Srovnání strukturálních fondů a Fondu soudržnosti, resp. srovnání obsahových náležitostí žádostí pro dotace z uvedených fondů je zkoumání skutkové otázky. Pouze na základě řádně provedeného zjištění skutkových otázek mohl správní orgán učinit skutkový závěr o podobnosti postupů podle uvedených fondů a na základě tohoto skutkového závěru učinit právní závěr o skryté diskriminaci. Jakýkoliv skutkový závěr však musí být opřen o podklady pro rozhodnutí.“*
34. Z obsahu správního spisu tedy nevyplývá, jak Úřad dospěl ke zjištěním týkajícím se srovnání žádostí o dotace ze strukturálních fondů a z FS. Rovněž není zřejmé, jak Úřad dospěl k závěrům ohledně Operačního programu Doprava. Ve správním spise vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S567/2012/VZ se tak se zřetelem na výše uvedené nenacházejí dostatečné podklady, na jejichž základě by Úřad mohl dospět k závěrům uvedeným v napadeném rozhodnutí. Úřad tak učinil skutkové závěry o podobnosti postupů podle uvedených fondů, resp. srovnání žádostí o dotace, na základě dokazování, které nemá oporu ve správním spise. Rovněž lze shledat, že otázky obsahových náležitostí nejsou skutečnosti obecně známé a z napadeného rozhodnutí ani nevyplývá, že by byly Úřadu známé z úřední činnosti. Jelikož skutková zjištění Úřadu týkající se naplnění podmínek skryté diskriminace nemají oporu ve správním spise, byl i právní závěr Úřadu týkající se skryté diskriminace, obsažený mj. v bodech 36. a 37. odůvodnění napadeného rozhodnutí, vybudován na základě nedostatečně zjištěného skutkového stavu.
35. Krajský soud po tom, co konstatoval, že provedené dokazování nemá oporu ve správním spise, rovněž učinil tento související závěr: *„Jelikož skutková zjištění Úřadu ve vztahu*

*k naplnění podmínek skryté diskriminace nemají žádnou oporu ve správním spise, je právní závěr o skryté diskriminaci vybudován na základě nedostatečně zjištěného skutkového stavu a rozhodnutí tak nemůže obstát v soudním přezkumu již z důvodu dle § 76 odst. 1 písm. b) s.ř.s.“ (pozn. předsedy Úřadu: zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů)*

36. Ačkoli krajský soud učinil závěr o nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí a původního rozhodnutí předsedy Úřadu, přesto se taktéž zabýval otázkou, „*zda omezením zakázky na strukturální fondy EU se mohl dopustit žalobce (pozn. předsedy Úřadu: zadavatel) skryté diskriminace v obecné rovině bez nutnosti dokazovat srovnáváním s Fondem soudržnosti“*, když zejména zdůraznil následující východisko: „*... shledání skryté diskriminace [je] přípustné tam, kde ... kvalifikační předpoklady jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky.*“
37. Na tomto místě pak považuji za nutné v ucelené formě citovat závěry, ke kterým dospěl krajský soud, týkající se výše uvedené „meritorní“ otázky a přitom podotýkám, že důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí v této části je nepřezkoumatelnost pro nedostatečně zjištěný skutkový stav, resp. pro skutečnost, že skutková zjištění Úřadu nemají oporu ve správním spise.
38. Krajský soud dospěl k těmto závěrům:
- „*Žalobci je vyčítáno v popisu jeho jednání nikoliv nastavení množství osvědčení nebo nepřiměřenost výše hodnoty referencí, ale nepřipuštění možnosti prokázat referenci i jiným zdrojem financování z EU. Samotná veřejná zakázka mířila k realizaci dotace z jednoho ze strukturálních fondů EU a přímo výslovně k realizaci dotace z jednoho operačního programu realizovaného v rámci jednoho ze strukturálních fondů EU. Jak i sám žalovaný (pozn. předsedy Úřadu: Úřad) uvedl, právo EU důsledně rozlišuje mezi strukturálními fondy a Fondem soudržnosti. Dokonce i mezi samotnými strukturálními fondy EU panují zásadní rozdíly v podporovaných oblastech. Podle názoru zdejšího soudu existuje legitimní úvaha žalobce, který jako specifická instituce požadující dotační poradenství pro zcela specifický projekt – ELI (extreme light infrasturcture – projekt zabývající se budováním nejmodernějšího laserového zařízení na světě), hledá poradce se zkušenostmi s obdobnými projekty obdobného typu, tedy v rámci subjektů poskytujících dotační poradenství v obdobných operačních programech.*
  - *Samotná technika zpracování žádostí je jistě významná, nicméně subjektivně pro konkrétního zadavatele nemusí být jediným kritériem pro hodnocení úvahy, jakým způsobem si zajistit poradenství pro získání dotací. Je zřejmé, že v případě žalobce mohla existovat logická úvaha, že jestliže chci zajistit dotační poradenství pro operační program realizovaný v rámci Evropského fondu pro regionální rozvoj jako strukturálního fondu, budu hledat dotační poradenství se specializací na strukturální fondy EU. Požadavek, aby se jednotliví zadavatelé zabývali tím, jaké jsou podmínky pro podávání žádostí o dotace z jiných evropských zdrojů financování a zda se shodují s typem žádostí v jimi požadovaném operačním programu, se soudu jeví jako absurdní. Na souzené věci je tento fakt vidět zcela zjevně. Nelze rozumně očekávat, že takové specifické pracoviště jako je Fyzikální ústav Akademie věd ČR bude*

*zkoumat Operační program Doprava a dovozovat obdobnost podávaných žádostí v případě, že těžištěm jeho zájmu je jeden specifický operační program financovaný ze strukturálních fondů EU.*

- *Podle názoru soudu je plně v rozsahu oprávněných potřeb zkoumané zakázky i omezení na strukturální fondy EU. Jestliže Úřad dovozoval možnost splnit vysoké požadované hodnoty referencí spíše z Operačního programu Doprava, je tato úvaha nesprávná, když se Úřad mohl ve svém řízení zabývat tím, jestli hodnota požadovaných referencí odpovídala velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky.*
- *Jakkoliv soud respektuje nutnost ochrany soutěže při zadávání veřejných zakázek, zároveň považuje za nutné, aby kontrola zadávání veřejných zakázek byla smysluplná a nekladla na zadavatele nelogické a přehnané požadavky. Právě proto by naplnění podmínek skryté diskriminace mělo být vykládáno restriktivně. V souzené věci zadavatel postupoval logicky ve vztahu k předmětu zakázky a soud se, na rozdíl od žalovaného, nedomnívá, že by měl zadavatel zkoumat široký rozsah fungování financování prostřednictvím různých fondů. Lze jistě za prakticky jisté považovat to, že při připuštění více typů financování by se generovalo větší množství subjektů, které by mohly o zakázku soutěžit, přesto racionální úvaha zadavatele (ve shora uvedených souvislostech strukturálních fondů EU), která sama o sobě nevyloučila soutěž a která odpovídala požadavkům zadavatele, může být těžko sama o sobě projevem diskriminace. Tlak na zadavatele, aby zkoumal všechny možné hypotetické možnosti dotačního financování a vyhodnocoval, které jsou si natolik podobné, aby na některý nezapomněl, je ryze formalistický přístup.“*

*Nekonzistentnost vyjádření zadavatele jako zdůvodnění spáchání správního deliktu*

39. Úřad opřel své závěry uvedené v napadeném rozhodnutí mj. o konstatování, že zadavatelova argumentace nebyla v průběhu přezkoumávání veřejné zakázky konzistentní. Ve vyjádření ze dne 12. 6. 2012 zadavatel uvedl, že pod výrazem „strukturální fondy“ měl na mysli obecné fondy, jejichž prostřednictvím jsou naplňovány cíle uvedené v čl. 174 Smlouvy o fungování EU, zatímco ve vyjádření ze dne 17. 10. 2012 již hovoří o odlišném charakteru strukturálních fondů a FS.
40. Pokud chtěl Úřad v napadeném rozhodnutí dovést, že zadavatel nebyl veden při stanovení kvalifikačních předpokladů spočívajících v předložení referencí racionální úvahou, nelze toto dovozovat výhradně ze dvou rozporných vyjádření zadavatele, a to dle závazného právního názoru ze dvou důvodů. První důvod spočívá v požadavku na garanci práva zadavatele na obhajobu a práva na volbu procesní strategie, viz rozsudek NSS č. j. 1 As 96/2008–115 ze dne 22. 1. 2009. V tomto rozsudku NSS konstatoval, že „[j]e na obviněném, jakou procesní strategii zvolí: může tedy od počátku do konce svůj čin popírat; přiznat se k němu a s orgánem vedoucím řízení spolupracovat při objasňování okolností činu; nebo se přiznat, poté (například v odvolání) ale svůj čin popřít a navrhopvat důkazy svědčící pro tuto novou verzi. Obviněný v přestupkovém řízení není totiž povinen poskytovat správnímu orgánu při opatřování podkladů pro vydání rozhodnutí veškerou potřebnou součinnost, jak to od jiných subjektů správních řízení žádá § 50 odst. 2 správního řádu (...): z toho nutno dovést jak to, že může být procesně i zcela pasivní, tak to, že k procesní aktivitě se může rozhodnout

*i v pozdější fázi řízení, a správní orgán se musí s touto jeho aktivitou (v podobě uplatňování nových tvrzení a navrhování nových důkazů) vypořádat. Protichůdné postoje obviněného v různých fázích řízení jistě nijak neusnadňují správnímu orgánu jeho činnost; to ale nemůže být důvodem pro omezení práv obviněného v odvolacím řízení“.* Bylo tak na Úřadu, aby předmětný správní delikt spočívající v porušení § 56 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s § 56 odst. 7 písm. c) a § 6 zákona (tím, že zadavatel nestanovil úroveň technických kvalifikačních předpokladů odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky). K tomu však nepostačuje pouze srovnání dvou vyjádření zadavatele.

41. Druhým důvodem pak dle krajského soudu je: *„Obsahem správního spisu není výzva, kterou správní orgán prvního stupně vyzýval žalobce k vyjádření se k podnětu, tedy podání Úřadu ze dne 28. 5. 2012, č. j. 474/2012/VZ-9837/2012/940/LKo. Soudu proto není vůbec zřejmé, v jakém procesním režimu bylo podání žalobce ze dne 12. 6. 2012 vyhotoveno. Jak praxe Úřadu (srov. např. rozhodnutí ze dne 25. 7. 2014, č. j. ÚOHS-R30/2014/VZ-15744/2014/310/MLr), tak praxe zdejšího soudu (srov. např. rozhodnutí ze dne 15. 2. 2012, č. j. 62Af 50/2011-72) připouští subsidiární použití správního řádu, z čehož vyplývá i možná aplikace § 137 odst. 1 správního řádu, dle kterého k prověření oznámení, ostatních podnětů a vlastních zjištění, která by mohla být důvodem k zahájení řízení z moci úřední, opatřuje správní orgán nezbytná vysvětlení. Správní orgán dále opatřuje vysvětlení potřebná k určení předpokládaného rozsahu podkladů pro rozhodnutí, stanoví-li tak zvláštní zákon. Vysvětlení může požadovat jen tehdy, nelze-li rozhodné skutečnosti zjistit jiným úředním postupem. Zároveň podle odst. 4 též ustanovení správního řádu záznam o podání vysvětlení nelze použít jako důkazní prostředek.“*
42. Ohledně druhého důvodu je i dle rozsudku NSS č. j. 3 As 50/2016-35 ze dne 28. 12. 2016 *„správný závěr krajského soudu, že není zcela zřejmý procesní režim, v němž bylo podání žalobce ze dne 12. 6. 2012 realizováno. Vzhledem k dataci vyjádření (12. 6. 2012), v porovnání s oznámením o zahájení správního řízení ze dne 3. 10. 2012 (doručeno do datové schránky žalobce dne 4. 10. 2012), je nicméně zřejmé, že toto podání bylo pořízeno před zahájením správního řízení. To stěžovatel (pozn. předsedy Úřadu: Úřad) ostatně nerozporuje. Současně však vyslovil, že tato skutečnost nevylučuje, aby vyjádření uplatnil jako podklad pro rozhodnutí ve věci. Krajský soud tuto možnost zpochybnil s odkazem na ustanovení § 137 odst. 1 a 4 správního řádu a neúplný obsah správního spisu, zakládající zásadní pochybnosti o procesním postupu stěžovatele. Nejvyšší správní soud za této konstelace nemůže než dodat, že neúplnost spisu nemůže jít k tíži žalobce, neboť to byl stěžovatel, jehož stíhala povinnost ve smyslu § 17 správního řádu vést správní spis řádně“.*
43. Co se týká otázky vedení „podnětového“ a správního spisu, pak taktéž odkazují na rozsudek krajského soudu č. j. 62 Af 89/2015-76 ze dne 3. 11. 2016, ve kterém krajský soud učinil mimo jiné tyto závěry, (i) že podle § 17 odst. 1 správního řádu je Úřad povinen vést jediný spis a vkládat do něj vše, co se k dané věci vztahuje, (ii) že součástí správního spisu nezbytně nutně musí být veškeré podklady rozhodnutí a (iii) zároveň že pokud ve správním spise chybí samotný podnět, nejedná se pak o vadu, která by způsobovala nezákonnost rozhodnutí. Jako dílčí závěr pak v tomtéž rozsudku krajský soud dovodil, že součástí spisu jsou *„veškeré listiny kompletně dokládající procesní postup žalovaného v samotném správním řízení i před jeho zahájením ve fázi prověřování podnětu (tj. kdy, jak a na koho se žalovaný ve věci obrátil a odkud, od koho a jakým způsobem byly žalovanému poskytnuty listiny či záznamy na*

*elektronických médiích), což dokládá výslednou celkovou „procesní stopu“ postupu žalovaného ve věci samé.“*

44. Dva výše uvedené důvody – konkrétně absence výzvy, kterou správní orgán prvního stupně vyzýval žalobce k vyjádření se k podnětu, a současně pouhé porovnání obou předmětných vyjádření zadavatele – pak dle rozsudku krajského soudu i NSS zakládají nezákonnost napadeného rozhodnutí a nechť Úřad v novém projednání věci postupuje v intencích výše uvedených závazných právních závěrů správních soudů tak, aby byl jeho postup souladný se správním řádem.

*Ke zrušení výroku týkajícího se posouzení splnění technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele a požadavku na předložení ručitelského prohlášení subdodavatele*

45. Nejprve je třeba uvést, že Úřad koncipoval výroky napadeného rozhodnutí tímto způsobem:

*„I.*

*Zadavatel ... se dopustil správního deliktu tím, že při stanovení požadavků na prokázání kvalifikačních předpokladů ...*

- a) *nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s ustanovením § 56 odst. 7 písm. c) a § 6 ... tím, že úroveň technických kvalifikačních předpokladů nestanovil odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, když požadoval prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona pouze ve vztahu k subjektům z veřejné sféry a pouze ve vztahu k strukturálním fondům Evropské unie,*

- b) *v rozporu s ust. § 51 odst. 4 zákona ve spojení s § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách požadoval po uchazečích, kteří by prokazovali splnění byť i jen části technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele, předložení dalších dokumentů nad rámec zákona,*

*přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dne 22. 8. 2009 došlo k uzavření smlouvy na předmět této veřejné zakázky.*

*II.*

*Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se ... ukládá pokuta ve výši 70 000,- Kč ...“*

46. Ačkoli Úřad výrok I. napadeného rozhodnutí určitým způsobem členil, není jednoznačně srozumitelné, zda Úřad jednání zadavatele vyhodnotil jako jeden skutek či jako dva skutky, resp. jeden či dva správní delikty spáchané jedním nebo dvěma skutky. Zmíněné členění výroku I. na písm. a) a b) a členění odůvodnění napadeného rozhodnutí na části týkající se jednotlivých jednání zadavatele i s vyhodnocením jejich vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, spíše indikuje, že Úřad posoudil jednání zadavatele jako skutky dva.

47. Naopak ze samotné formulace citovaných výroků (např. *se dopustil správního deliktu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, za spáchání správního deliktu*) a z odůvodnění uložení pokuty, zvláště pak ze skutečnosti, že Úřad v rámci odůvodnění uložení pokuty vůbec nezohlednil zásadu absorpce v rámci správního trestání,

však spíše vyplývá, že Úřad posoudil jednání zadavatele jako jeden skutek a současně jeden správní delikt.

48. Vzhledem ke skutečnosti, že jsem z výše uvedených důvodů zrušil část výroku I. označenou pod písm. a) a vzhledem ke skutečnosti, že z výroku ani z odůvodnění napadeného rozhodnutí není jednoznačně zřejmé, zda Úřad jednání zadavatele vyhodnotil jako jeden nebo dva skutky, resp. jeden nebo více deliktů, zrušil jsem i část výroku I. označenou pod písm. b). Pokud Úřad v novém projednání vyhodnotí jednání zadavatele jako rozporné se zákonem, pak musí být rovněž zřejmé, zda jde o jeden či více správních deliktů. Pokud se bude jednat o více správních deliktů, bude Úřad při výměře trestu aplikovat zásadu absorpce.
49. Přestože jsem část výroku I. označenou pod písm. b) z výše uvedených důvodů zrušil, s ohledem na závěry krajského soudu a NSS, které dovedly, že v této části postupoval Úřad správně a v souladu se zákonem, a z důvodu procesní ekonomie považuji za nutné vyjádřit se k námitkám rozkladu zadavatele vztahujícím se právě k části k výroku I. napadeného rozhodnutí označené pod písm. b).
50. Ve vztahu k námitce zadavatele, v rámci které podotýká, že se Úřad v napadeném rozhodnutí nevypořádal s jeho argumenty odůvodňujícími povahu požadovaných dokumentů jako obchodních podmínek veřejné zakázky, pročež napadené rozhodnutí trpí nedostatkem důvodů, je třeba uvést následující. Jak jsem si ověřil v dostupné spisové dokumentaci, zadavatel v části 9.2.1 zadávací dokumentace vymezil podmínky, které označil jako obchodní a které musel splnit dodavatel, který by splnění určité části kvalifikace prokazoval prostřednictvím subdodavatele, přičemž prvostupňový orgán v bodě 40. odůvodnění napadeného rozhodnutí [pod písmeny a) až c)] přehledným způsobem uvedl, jaké skutečnosti z předmětných podmínek vyplývají. Je třeba se ztotožnit se závěrem obsaženým v bodě 41. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v rámci něhož Úřad konstatoval, že zadavatel neodůvodněně znevýhodnil jednu skupinu dodavatelů (kteří využili svého práva prokázat splnění byť i jen části technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele), požadoval předložení dokumentů nad rámec zákona proti skupině dodavatelů, kteří byli schopni celou kvalifikaci prokázat samostatně. Příslušné povinnosti zadavatel uložil i dodavatelům, kteří by prostřednictvím subdodavatele prokazovali i jen část technických kvalifikačních předpokladů. Zatímco smyslem stanovení ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů je to, aby se o veřejnou zakázku ucházel pouze dodavatel, jehož plnění nebude ohroženo jeho ekonomickou nestabilitou, účelem technických kvalifikačních předpokladů je, aby veřejná zakázka byla realizována pouze dostatečně zkušenými a technicky způsobilými dodavateli.
51. Smyslem prokazování technické části kvalifikace je zajistit, aby se o přidělení veřejné zakázky ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří jsou schopni veřejnou zakázku řádně plnit po stránce technické a materiální. Pokud tedy uchazeč prokazuje prostřednictvím subdodavatele tuto část kvalifikace, musí ze smlouvy předkládané podle § 51 odst. 4 zákona vyplývat, že subdodavatel zajišťuje právě tuto technickou schopnost veřejnou zakázku (řádne) splnit. V obecné rovině je třeba uvést, že ručitelské prohlášení subdodavatele nemá sebemenší vypovídací hodnotu ve vztahu k technické schopnosti dodavatele veřejnou zakázku splnit. Je způsobilé pouze řešit jeho případnou ekonomickou či finanční nestabilitu. U dodavatele, který splnil ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady, ale část technické části

kvalifikace prokazuje prostřednictvím subdodavatele, je tedy (prostřednictvím požadovaného ručitelského prohlášení subdodavatele) dle zadavatelem stanovených podmínek jeho ekonomická a finanční stabilita zajišťována (na rozdíl od jiného dodavatele, který prokazuje svoji kvalifikaci sám) dvakrát. Podmínky vymezené v článku 9.2.1 zadávací dokumentace je třeba označit za diskriminační, protože po uchazeči, který prokazuje část své kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, zadavatel požaduje splnění dalších povinností, jejichž plnění nevyžaduje od uchazečů, kteří kvalifikaci prokazují sami. Ze strany zadavatele je tedy požadováno splnění povinností, které nejsou stanoveny zákonem. Ten nic takového v souvislosti s prokazováním části kvalifikace prostřednictvím subdodavatelů neupravuje. Tak, jak zadavatel nastavil podmínky pro prokázání části kvalifikace subdodavateli, nastavil tyto podmínky pro určitou část dodavatelů diskriminačním způsobem, což je v rozporu se zákonem i podle názoru správních soudů.

52. Dodavatelé, kteří využili svého práva prokázat část kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, byli za tuto skutečnost „trestáni“, aniž by k tomu byl v případě prokazování technických kvalifikačních předpokladů jakýkoliv důvod. Skutečnost, že zadavatel předmětnou podmínku formálně zahrnul mezi „*obchodní podmínky*“ nic nemění na tom, že zadavatel v důsledku svého postupu obešel ustanovení § 51 odst. 4 zákona (a rovněž i zásadu zákazu diskriminace zakotvenou v ustanovení § 6 zákona), protože daná obchodní podmínka se aplikuje výlučně na uchazeče, kteří využili svého práva prokázat splnění byť i jen části své kvalifikace prostřednictvím subdodavatele. Tato podmínka tedy v podstatě představuje povinnost uchazeče předložit další doklady, se kterými zákon nepočítá, a to na rozdíl od jiných uchazečů, kteří sami prokazují splnění příslušných kvalifikačních předpokladů dle zákona.
53. Existence zajištění ve formě „záruky“ musí být zkoumána v rámci posuzování kvalifikace, nikoliv v rámci splnění obchodních podmínek – pokud žádné takové zajištění neexistuje, uchazeč příslušnou kvalifikaci nemůže splnit. Požadavek na existenci „záruky“ ze strany subdodavatele je možné chápat za situace, kdy uchazeč prokazuje prostřednictvím subdodavatele kvalifikaci v její ekonomické a finanční části. Obsahem smlouvy, kterou má uchazeč zadavateli předložit ve smyslu § 51 odst. 4 zákona, by mělo být právě takové zajištění případných závazků dodavatele vůči zadavateli. Námitka zadavatele, dle níž se Úřad nevypořádal s jeho argumenty odůvodňujícími povahu požadovaných dokumentů jako obchodních podmínek s tím, že předmětné zajištění má povahu obchodní podmínky a nejde tak o další doklad nutný k prokázání kvalifikace, tedy nemůže obstát.
54. Prvostupňový orgán postupoval správně a v souladu se zákonem, když v bodě 45. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že se rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S220/2009/VZ-16376/2009/530/RKr ze dne 10. 3. 2010 týkalo situace, kdy dodavatel prokazoval prostřednictvím subdodavatele kvalifikaci v její ekonomické a finanční části – v takovém případě lze jistě ručení za škody a pohledávky pokládat za poskytnutí věcí a práv ve smyslu § 51 odst. 4 zákona. Jelikož jsou skutkové okolnosti tohoto případu jiné, než v případě citovaného rozhodnutí Úřadu, nemohlo v daném případě dojít k porušení zásady legitimního očekávání ani materiální ekvity (ve smyslu ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu), jak tvrdí zadavatel v rozkladu. Jiné námitky zadavatel neuvádí – pouze konstatuje, že s daným závěrem Úřadu nesouhlasí. Nejedná se však o námitku, která by byla dále přezkoumatelná.



55. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti a závěry správních soudů, které aprobovaly postup Úřadu v této části, je zcela zřejmé, že se zadavatel v důsledku stanovení „*obchodní podmínky*“ (v článku 9.2.1 zadávací dokumentace) takovým způsobem, že se vztahovala i na prokazování technické části kvalifikace v rozporu s ustanovením § 51 odst. 4 zákona, a zároveň nedodržel zásadu zákazu diskriminace ve smyslu ustanovení § 6 zákona. Tímto postupem navíc zadavatel případným dodavatelům, kteří nebyli schopni sami prokázat kvalifikaci v celém jejím rozsahu, nedůvodně ztížil uzavření smlouvy s vhodným subdodavatelem, s jehož pomocí by kvalifikaci byli schopni dle relevantních ustanovení zákona prokázat (viz bod 48. odůvodnění napadeného rozhodnutí).

*K odůvodněnosti výše uložené pokuty*

56. Dále je třeba poukázat na to, že část odůvodnění napadeného rozhodnutí týkající se výroku II. napadeného rozhodnutí, jímž byla Úřadem uložena pokuta, neobstojí pro absenci sankcionovaného deliktního jednání a rovněž pro nedostatečnou odůvodněnost výše pokuty. Rozhodnutí o pokutě nemůže věcně obstát, jelikož odůvodnění výše pokuty bylo podle správních soudů vystavěno na skutečnosti spáchání dvou správních deliktů, z nichž u jednoho nebylo zčásti prokázáno jeho spáchání. Nadto je část napadeného rozhodnutí týkající se výše uložené pokuty nedostatečně odůvodněna.
57. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Z rozhodnutí správního orgánu musí ve vztahu ke konkrétní výši pokuty vyplývat, jaký konkrétní význam měly výše naznačené skutečnosti v rámci jeho úvah o stanovení výše pokuty, tedy jaký jim přiřekl význam, viz rozsudek NSS č. j. 4 As 51/2007-68 ze dne 27. 3. 2008. Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona umožňuje stupňování pokuty podle toho, jakým způsobem je naplněna skutková podstata deliktu, byť není rozdělován na základní a kvalifikovanou skutkovou podstatu. Skutková podstata deliktu jasně rozlišuje mezi dvěma situacemi, u nichž je intenzita zásahu chráněného zájmu rozdílná, a to podstatné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, nebo možnost podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad má proto v rámci posuzování deliktů zadavatelů možnost rozlišovat mezi dvěma různými způsoby chování zadavatelů, a intenzita zásahu do chráněného zájmu musí najít odraz i v rozhodovací praxi Úřadu. Správní delikt pokrývá řadu situací, nikoliv pouze zadání veřejné zakázky v rámci nezákonného jednacího řízení bez uveřejnění, ale např. i tzv. skrytou diskriminaci v jinak formálně řádně zadaných zadávacích řízeních.
58. Úřad v napadeném rozhodnutí (body 57. až 63. odůvodnění) hodnotil příslušné skutečnosti, aniž by uvedl, jaký význam uvedeným skutečnostem přiznal a jaký konkrétní vliv měly na výši uložené pokuty. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí není zřejmé hodnocení minimálních kritérií dle § 121 odst. 2 zákona. Z bodu 57. odůvodnění napadeného rozhodnutí nevyplývá, zda Úřad hodnotil způsob spáchání nebo okolnosti, za kterých byl delikt spáchán. Každá z uvedených kategorií totiž má mít svůj význam pro výši sankce. Úřad v bodě 59. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že „*[p]okud jde o stupeň závažnosti správního deliktu, je třeba vycházet z toho, že otevřená nediskriminační soutěž o veřejnou zakázku ... je základním principem zadávání veřejných zakázek*“. Z tohoto závěru však Úřad nic konkrétního nedovodil, ani nespécifikoval význam tohoto obecného konstatování ve vztahu k uložené pokutě.

*K nezákonnému dvojímu přičítání téže skutečnosti k tíži zadavatele*

59. Úřad v bodě 61. odůvodnění napadeného rozhodnutí označil za přitěžující okolnost to, že stanovení jednoho z kvalifikačních předpokladů (požadavky na reference ze strukturálních fondů EU) od počátku nebylo vedeno racionální úvahou, což vyplývalo z nekonzistentnosti zadavatelova vyjádření. Tento závěr Úřadu je třeba označit za nezákonně dvakrát přičítanou skutečnost.
60. Ve vztahu k této problematice odkazují na rozsudek NSS č. j. 5 As 280/2016–23 ze dne 28. 2. 2017, v němž mj. uvedl, že *„[t]ato zásada (pozn. předsedy Úřadu: zásada zákazu dvojího přičítání) spočívá v tom, že k okolnosti, která tvoří zákonný znak skutkové podstaty správního deliktu, nelze přihlídnout jako k okolnosti polehčující či přitěžující v úvaze při ukládání sankce. Jednu a tutéž skutečnost, která je dána v intenzitě nezbytné pro naplnění určitého zákonného znaku skutkové podstaty konkrétního porušení právní povinnosti, nelze současně hodnotit jako okolnost obecně polehčující či obecně přitěžující. Při zvažování výše pokuty lze tedy vycházet z různých kvantitativních a kvalitativních aspektů, následků či závažností, jimiž se deliktní jednání projevovalo, nikoli z protiprávnosti jednání jako takového...“*. Krajský soud pak v rozsudku č. j. 29 Af 43/2012-108 ze dne 26. 6. 2014 konstatoval, že *„[d]le § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách se zadavatel dopustí správního deliktu, nedodrží-li postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivní nebo může ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. Je tedy potřeba kumulativně naplnit tři okolnosti. Zatímco poslední podmínka je jednoznačná (smlouva buď uzavřena je, nebo není), první dvě mohou být naplněny různou intenzitou, kterou je možno zohlednit právě při ukládání pokuty (...) Stejně tak se od sebe mohou lišit jednotlivé situace, kdy zadavatel nedodrží postup stanovený zákonem o veřejných zakázkách pro zadání veřejné zakázky (...) Nelze se ztotožnit s námitkou žalobce, že by žalovaný porušil zásadu zákazu dvojího přičítání. Při hodnocení celkové závažnosti správního deliktu žalovaný v podstatě rekapituloval předchozí odůvodnění jednotlivých okolností a odůvodňoval tak svoji úvahu o celkové závažnosti. Nešlo o dvojí přičítání téže okolnosti v neprospěch žalobce, ale jen o celkové vyhodnocení předchozího myšlenkového postupu žalovaného. Jak již bylo řečeno výše, skutková podstata správního deliktu může být naplněna různými způsoby, které je žalovaný oprávněn zohlednit při určování výše sankce“*.
61. Shrnuji, že důvodem pro závěr Úřadu o spáchání správního deliktu specifikovaného ve výroku I. napadeného rozhodnutí, je v napadeném rozhodnutí nekonzistentnost vyjádření zadavatele. Stejná skutečnost pak byla Úřadem v napadeném rozhodnutí zadavateli přičítána jako přitěžující okolnost, viz bod 61. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad se tak v napadeném rozhodnutí dopustil dvojího přičítání k tíži zadavatele, které je v případě správního trestání nezákonné. Úřad tedy porušil zásadu zákazu dvojího přičítání téhož, jak bylo rozvedeno ve výše citovaném rozsudku NSS.
62. Souhrnně k částem týkajícím se pokuty uvádím, že pokud v novém projednání věci Úřad opět dojde k závěru, že byl zadavatelem spáchán správní delikt či delikty, pak přezkoumatelným způsobem a v souladu se závěry krajského soudu a NSS odůvodní výši uložené pokuty.

### *Shrnutí*

63. Vzhledem k závěrům uvedeným v rozsudku krajského soudu, kterým bylo žalobou napadené rozhodnutí předsedy Úřadu zrušeno, shledal jsem důvody pro zrušení napadeného prvostupňového rozhodnutí Úřadu, jak je uvedeno výše. Po zrušení napadeného rozhodnutí bude tedy Úřad ve správním řízení pokračovat a v tomto řízení vydá nové rozhodnutí ve věci samé, ve kterém bude respektovat závazný právní názor krajského soudu, NSS i závěry učiněné v tomto rozhodnutí.
64. Je nezbytné, aby Úřad opětovně posoudil problematiku srovnání žádosti o dotace ze strukturálního fondu a z FS a přitom učinil součástí správního spisu dokument(y), na základě něhož/nichž bude zřejmé, jak dospěl ke svým eventuálním novým zjištěním ohledně srovnání žádostí o dotace ze strukturálních fondů a z FS, či k závěrům týkajícím se Operačního programu Doprava. Úřad na základě shromážděného dostatečného podkladu vydá nové rozhodnutí ve věci samé, v rámci něhož učiní v dané problematice patřičné závěry týkající se zákonnosti postupu zadavatele, které rovněž budou v souladu se závěry krajského soudu uvedenými v bodu 38 tohoto rozhodnutí.
65. Úřad nechť se v souladu s výše uvedenými závěry soudů v novém správním řízení rovněž zabývá věcnou (obsahovou) podstatou zadavatelových argumentů obsažených v jeho vyjádření, které se vztahují k problematice hodnocení požadavků na reference ve vztahu k subjektům z veřejné sféry, a adekvátním způsobem se tak vypořádá s argumentací zadavatele. Jedná se zejména o tvrzení, v němž zadavatel uvedl, že realizace předmětné zakázky pro veřejné zadavatele, resp. subjekty z veřejné sféry, vykazuje podstatné odlišnosti od zakázek realizovaných pro soukromé subjekty, což je důvod jej legitimující požadovat zkušenosti týkající se spolupráce s veřejnými zadavateli. Rovněž s ohledem na to, že byla konstatována nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí (viz výše), jsem se podrobně nezabýval veškerými námitkami zadavatele uvedenými v rozkladu. Při novém projednání dané věci se Úřad bude námitkami zadavatele, kterými jsem se nezabýval, zabývat a vyjádří se k nim v odůvodnění nového rozhodnutí.
66. V neposlední řadě se Úřad bude rovněž zabývat tím, zda se ve vztahu ke konkrétním okolnostem případu uplatní pozdější právní úprava v případě, že by tato mohla být pro zadavatele příznivější.

### **Závěr**

67. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nastaly důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí Úřadu, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno. Při novém projednání věci je Úřad v souladu s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu vázán právním názorem odvolacího správního orgánu a právním názorem uvedeným v rozsudku krajského soudu č. j. 31 Af 14/2014-48 ze dne 27. 1. 2016 a rovněž v rozsudku NSS č. j. 3 As 50/2016-35 ze dne 28. 12. 2016.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 ve spojení s § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží:**

Fyzikální ústav Akademie věd ČR, v.v.i., Na Slovance 1999/2, 182 21 Praha 8

**Vypraveno dne:**

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy